



Fernando Lopes

56

O MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DAS JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVAS NA FRANÇA*

David Capitant

Tradução de Rita Jover Faleiros

* Conferência proferida no Seminário "Princípios Fundamentais e Regras Gerais da Jurisdição Administrativa", realizado nos dias 22 e 23 de agosto de 2006, no auditório da faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói-RJ.

RESUMO

Alega que, na França, a competência da autoridade judiciária não inclui o controle da ação administrativa e que as funções judiciárias são distintas e separadas das administrativas. Contudo, explica que a necessidade prática do controle jurisdicional da ação administrativa suscitou o surgimento de mecanismos de controle que deram origem à jurisdição administrativa. Aponta o importante papel do Ministério Público e de seu representante, o comissário de governo, o qual intervém, salvo algumas exceções, em todas as instâncias administrativas contenciosas, e cujas conclusões configuram elemento de informação para as partes, discussão da doutrina e evolução da jurisprudência.

Apresenta casos que deram início ao questionamento, pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, das modalidades de intervenção do Ministério Público e do comissário do governo no procedimento administrativo contencioso.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição administrativa; Ministério Público francês; comissário do governo; Corte Europeia de Direitos Humanos; processo contencioso; Conselho de Estado.

A França dispõe de uma jurisdição administrativa distinta da jurisdição judiciária, nascida de modo original. No momento da reforma das instituições judiciárias, operada durante a Revolução Francesa, a aplicação estrita do princípio de separação dos poderes levou a que se retirasse da competência da autoridade judiciária o controle da ação administrativa. A Lei de 16-24 de agosto de 1790 foi formulada do seguinte modo:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer forma, as operações do corpo administrativo, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções (Lei de 16-24 de agosto de 1790, título 2, art. 13).

A necessidade prática do controle jurisdicional da ação administrativa suscitou, entretanto, o aparecimento de um juiz específico que, progressivamente, afastou-se da administração ativa. Foram, inicialmente, mecanismos internos de controle hierárquico no bojo da administração que deram origem, de maneira progressiva, à jurisdição administrativa. As decisões de última instância eram tomadas pelo chefe de Estado, que se pronunciava após ter ouvido a opinião do Conselho de Estado. No seio deste, uma seção de litígio encarregou-se rapidamente de tratar dos processos contenciosos, antes de conquistar verdadeira independência jurídica e de tomar suas decisões de maneira independente, a partir de 1848. Em seguida, a jurisdição administrativa completou-se para fazer frente a um crescente litígio: tribunais administrativos, atualmente 35, foram criados em 1953 e são árbitros do Direito comum no litígio administrativo; cortes administrativas de segunda instância foram criadas em 1987, hoje, são 8. Há, também, jurisdições especializadas em tipos particulares de litígio.

Foi no âmbito do Conselho de Estado, entretanto, que se forjou o procedimento administrativo o qual, posteriormente, passou a ser utilizado nos novos níveis de jurisdição, encontrando-se codificado atualmente no Código da Justiça Administrativa (4 de março de 2000).

Qual é, então, no seio dessa jurisdição, o lugar do Ministério Público? Tal lugar existe, mas de forma bastante particular, em razão das especificidades do contencioso administrativo. O papel do Ministério Público é de duas ordens, em vista das jurisdições judiciárias tradicionais: no âmbito das jurisdições penais, ele é o encarregado de representar os interesses da sociedade, gerando, sobretudo, a ação pública. Em face das jurisdições cíveis, ele intervém do mesmo modo no interesse público, perante as jurisdições que decidem, em princípio, sobre litígios entre pessoas físicas.

No âmbito do contencioso administrativo, as coisas são um pouco diferentes, pois esse tipo de litígio se opõe, por definição, à administração pública, cuja razão de existir é a busca do interesse geral, por isso os franceses denominam de “serviços públicos” a um administrado que, em princípio, contesta sua ação. Consequentemente, o interesse da sociedade não precisa ser representado por um ministério público par-

ticular, uma vez que ele já está representado por uma das partes no litígio.

A influência das jurisdições judiciárias, entretanto, conduziu à criação, no Conselho de Estado, de um “ministério público” por dois decretos, de 2 de fevereiro e 12 de março de 1831¹. Esse ministério público foi confiado a referendários do Conselho de Estado, qualificados, inicialmente, como *referendários designados para preencher as funções de comissários do rei*, no decreto de 18 de setembro de 1839, em seguida, com a expressão “*comissários do rei encarregados de dar conclusões*” na lei de 19 de julho de 1845. A expressão “comissário do governo”, utilizada pela primeira vez durante a 2ª República em uma decisão de 1º de junho de 1849², permaneceu inalterada durante o Segundo Império, dado que ela foi retomada por um decreto de 20 de janeiro de 1852; posteriormente, na 3ª República, pela lei de 24 de maio de 1872. Essa instituição pode ter sido concebida como um meio de acompanhar o movimento da jurisdição administrativa rumo a sua independência, pois assumia o papel que fora do chefe de Estado, quando os recursos eram julgados por ele em última instância.

Na prática, contudo, o papel do comissário de governo limitou-se, desde o início, a uma função precisa que reconhece igualmente o ministério público junto às jurisdições judiciárias³: ele fala no único interesse da lei, no interesse do Direito. Desde as primeiras audiências das quais faz parte, fala, aliás, não como um procurador em início de audiência, mas sim ao término desta, depois dos advogados de defesa⁴.

Aliás, nos casos em que a jurisdição administrativa exerce função repressiva, como nas contravenções relativas às vias públicas, a ação é movida não pelo comissário do governo, mas sim pelo prefeito, ou por outras autoridades responsáveis pela proteção do domínio público em questão.

No momento da reforma das instituições judiciárias, operada durante a Revolução Francesa, a aplicação estrita do princípio de separação dos poderes levou a que se retirasse da competência da autoridade judiciária o controle da ação administrativa.

O papel do comissário do governo é absolutamente fundamental para o desenrolar do processo na França. Tal papel foi retomado, de certo modo, no âmbito do procedimento adotado perante a Corte de Justiça das comunidades europeias de Luxemburgo, sob a forma do advogado-geral⁵. Na França, esse papel encontra-se no âmbito de um procedimento particular que se elaborou de maneira progressiva e amplamente jurisprudencial e do qual é engrenagem essencial (1). A visão que a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem do papel do comissário fez com que seu funcionamento fosse delineado com exatidão e dimensionada sua importância (2).

1 O PAPEL DO COMISSÁRIO DO GOVERNO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO

O comissário do governo é membro da jurisdição administrativa à qual é ligado (art. 7º do Código da Justiça Administrativa). Ele exerce as funções de comissário do governo durante alguns anos antes de reassumir as funções de julgamento. Há comissários junto a todas as jurisdições administrativas. Eles são nomeados, no Conselho de Estado, mediante decreto do vice-presidente do Conselho de Estado, por indicação do presidente da seção do contencioso (art. R. 122-5 do Código de Justiça Administrativa), e, nos tribunais administrativos em geral e de segunda instância, por decreto do vice-presidente do Conselho de Estado, por indicação do presidente do Tribunal Superior e segundo parecer do Conselho Superior dos tribunais administrativos e das cortes administrativas de segunda instância (art. R. 222-23 do mesmo Código).

A independência estatutária dos comissários é, portanto, bem delineada: sua designação é efetuada, de maneira autônoma, no seio da jurisdição administrativa, e, no desenvolvimento da carreira, gozam da mesma independência dos outros membros da jurisdição administrativa.

Nesse sentido, é necessário sublinhar o fato de que o título de comissário do governo que ostentam não implica qualquer tipo de subordinação ao poder político. Foi proposto inclusive que a denominação fosse substituída por comissário da lei ou, ainda, contra-relator, que corresponderia melhor às funções efetivas dos comissários do governo.

A função principal do comissário do governo é propor, com toda a independência, às formações de julgamento em que se inscreve, uma solução para os casos a serem julgados.

Os comissários do governo, aliás, diferenciam-se claramente, a esse respeito, dos procuradores que exercem o Ministério Público junto às jurisdições judiciais submetidas à autoridade governamental. Além disso, eles não constituem corpos hierarquizados, segundo o modelo de um Ministério Público; ao contrário, exercem suas funções com grande independência.

1.1 O PAPEL DO COMISSÁRIO DO GOVERNO

A função principal do comissário do governo é propor, com toda a independência, às formações de julgamento em que se inscreve, uma solução para os casos a serem julgados. É o que determina o art. L7 do Código de Justiça Administrativa:

Um membro da jurisdição encarregado das funções de comissário do governo expõe publicamente e de forma absolutamente independente sua opinião sobre as questões que os inquéritos apresentam para ser julgadas e sobre as soluções que estes demandam.

O comissário do governo intervém, em princípio, em todas as instâncias administrativas contenciosas, exceto quando as necessidades de rapidez e eficiência levaram o legislador ou o poder regulamentador a determinar domínios nos quais o juiz administrativo julga na ausência de conclusões do comissário do governo, o que ocorre, por exemplo, nos contenciosos importantes, como a determinação de recondução à fronteira (art. L. 776-1 do Código de Justiça Administrativa e art. L. 512-2 do Código da entrada e da estada dos estrangeiros e do direito de asilo) ou ainda os procedimentos referidos nos termos do art. L. 522-1 do Código de Justiça Administrativa, salvo reenvio a um colegiado. Evidentemente, da mesma forma ocorre nos casos, cada vez mais numerosos, julgados por decreto do presidente da jurisdição.

O comissário do governo intervém a partir de um dossiê já examinado pelo relator. Com efeito, para limitar-se ao procedimento adotado perante o Conselho de Estado, permanecendo o modelo de procedimento administrativo, os dossiês que

projeto de decisão que o relator deverá formalizar. É nesse momento que intervém o comissário do governo. Ele assiste à sessão de instrução e assume o dossiê nesse momento, para examiná-lo paralelamente.

Ao término do exame do dossiê, que já foi visto pelo relator e cuja nota está disponível, o comissário do governo propõe uma solução com total independência. Se a solução se afasta daquela indicada pelo relator, ele solicita uma nova sessão de instrução, no decorrer da qual sua proposta de solução será discutida. Ao término desta, a nota do relator será definida e o comissário poderá redigir suas conclusões da maneira que lhe convier.

No momento da sessão pública, o comissário ocupa um lugar determinante em um procedimento que é essencialmente escrito. O relator contenta-se em ler as vistas, os advogados raramente contra-argumentam e limitam-se a seus textos. A instrução é, assim, considerada encerrada e somente então concede-se a palavra ao comissário do governo, que lê publicamente suas conclusões.

Após essa leitura, a passagem do caso pela sessão pública é concluída e então será objeto de deliberação pela formação de julgamento. Tradicionalmente, o comissário do governo assiste a essa deliberação; ele raramente pede a palavra nessa ocasião, responde eventualmente a perguntas que poderão ser feitas; de toda forma, não participa da votação que se sucede à deliberação e determina a solução escolhida a partir da qual o relator redigirá a solução definitiva. O fato de não participar da votação não significa que não participe da função jurisdicional, mas é considerado como uma garantia da independência da jurisdição. Uma vez que o comissário expressa publicamente sua posição, é preferível que não vote. Tal lógica é a mesma que implica o segredo da deliberação e, assim, a ausência dos votos favoráveis ou contrários na tradição jurisdicional francesa.

1.2 O INTERESSE NAS CONCLUSÕES

O interesse relativo à intervenção do comissário do governo é múltiplo e explica a perenidade dessa função, no fim das contas um tanto *sui generis*, bem como a importância a ela atribuída tanto pelos membros das jurisdições administrativas quanto pela doutrina unânime, expressa recentemente quando da tentativa de questionamento dessa figura pela Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Por um lado, o exame do caso pelo comissário introduz, de maneira organizada, um verdadeiro debate no seio da jurisdição. Paralelamente ao exame clássico de responsabilidade do relator, do revisor, dos membros da subseção de instrução, em um primeiro momento e, em seguida, dos membros da formação de julgamento ao término da sessão pública, a função do comissário do governo é desenvolver uma argumentação que não poderá deixar de ser formulada, uma vez que a ausência de conclusões constitui vício de procedimento. Esse exame é independente, tendo em vista a atuação independente do comissário. Nem sempre os comissários assumem posição contrária às soluções adiantadas pelas notas dos relatores; um comissário do governo, aliás, trabalha geralmente com três relatores, que, de fato, trataram do dossiê em estado bruto, enquanto ele o assume já trabalhado na subseção responsável pela instrução. Mas um comissário, desejando mostrar trabalho no seio da instituição, fará o possível para chegar a conclusões originais. Tanto isso é verdade que as funções de comissário do governo são confiadas a referendários. Além disso, eles são levados a intervir publicamente, ao mesmo tempo, diante de outros membros da jurisdição, que são seus colegas, e sob o olhar das partes. Note-se que a função do comissário do governo é tão importante perante os tribunais administrativos que suas conclusões não são objeto da intervenção de um revisor.

As conclusões são lidas publicamente e, na prática, as mais importantes são frequentemente publicadas. Esse é um elemento de peso que pode levar o comissário a ter o máximo de cuidado com suas conclusões. Sobretudo, é necessário considerar o fato de que as decisões da Justiça francesa, principalmente as das jurisdições administrativas, são redigidas conforme o silogismo judiciário e não ressaltam a ação de interpretação do juiz. Este apresenta soluções fundadas no Direito, mas não expõe os métodos que empregou para interpretar os textos aplicáveis ou qualificar os fatos da causa. Quanto a esta, as conclusões do comissário assumem a forma de um verdadeiro comentário da decisão e, estejam ou não de acordo com a decisão tomada pelo juiz, tais conclusões permitem compreender quais as questões postas pelo juiz em matéria de propriedade da decisão. Elas são, dessa forma, um elemento de informação para as partes, de discussão da doutrina e de evolução da jurisprudência.

2 REFLEXÃO SOBRE AS CONDIÇÕES DE INTERVENÇÃO DO COMISSÁRIO DO GOVERNO

As condições de intervenção do comissário do governo no âmbito do procedimento administrativo contencioso foram questionadas pela Corte Européia dos Direitos Humanos, no contexto de uma jurisprudência também relativa, de maneira mais ampla, ao modo como o Ministério Público intervém na defesa da lei diante das jurisdições judiciárias supremas⁶.

Foi, primeiramente, num caso belga – CEDH 30 de outubro de 1991, *Borgers contra Bélgica* – que o Tribunal se pronunciou. Estavam em questão as modalidades de intervenção do Ministério Público de cassação belga, que exerce, de forma totalmente independente, as funções de conselheiro da Corte de cassação e intervém em condições bastante similares ao modo como o faz o comissário do governo: ele é o último a se pronunciar em uma audiência, não pode responder pelas partes e assiste à deliberação. A Corte vê nesse papel, em referência à “teoria da aparência”, um atentado ao princípio da igualdade das partes, protegido pelo art. 6

al. 1 do Acordo Europeu dos Direitos Humanos no âmbito do direito a um juiz imparcial e justo:

Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida de maneira justa, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, definido pela lei, que decidirá, seja a propósito das contestações de seus direitos e obrigações de caráter civil, seja do correto fundamento de toda e qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo, no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes do processo exigem, ou por uma medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade poderia causar danos aos interesses da Justiça.

As conclusões são lidas publicamente e, na prática, as mais importantes são frequentemente publicadas. Esse é um elemento de peso que pode levar o comissário a ter o máximo de cuidado com suas conclusões.

A Corte Européia dos Direitos Humanos não contesta a independência do Ministério Público, mas considera que ele defende objetivamente uma das partes no litígio e tal implica que suas requisições possam ser discutidas pelas partes e que o representante do Ministério Público não assista à deliberação.

A solução foi retomada pelo Ministério Público junto à Corte de cassação francesa, em uma decisão CEDH de 31 de março de 1998, *Rheinhardt e Slimane Kaïd contra França*.

Estava claro, então, que a instituição do comissário do governo poderia ser objeto de um questionamento do mesmo tipo (2.1), o que acarretaria uma reflexão sobre o estatuto e as modalidades de sua intervenção (2.2).

2.1 O QUESTIONAMENTO PELA CORTE EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS

Após a decisão *Reinhart e Slimane Kaïd contra França*, da Corte Européia dos Direitos Humanos, o Conselho de Estado quis reafirmar o caráter justo, a seu ver, das condições de intervenção do comissário do governo, da mesma maneira que tivera ocasião de expressá-lo em uma decisão de princípio – CE de 10 de julho de 1957 *Grevaïse*. Dessa forma, ele adotou, posteriormente à decisão *Reinhart* da CEDH, uma decisão CE de 29 de julho de 1998, *Esclatine*:

Considerando que a requerente sustenta que o art. 67, mencionado anteriormente, do qual ela invoca a violação com o apoio de seu recurso em revisão, deva ser interpretado, em referência ao art. 6-1 da convenção européia de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, como implicando que as partes ou seus conselhos tenham conhecimento das conclusões do comissário do governo previamente a seu pronunciamento com a finalidade de respondê-lo e que ela deu ciência, com o apoio de sua argumentação, das decisões tomadas pela Corte Européia dos Direitos Humanos em casos e por jurisdições diferentes;

Considerando que o princípio do contraditório, que ten-

de assegurar a igualdade das partes diante do juiz, implica a comunicação a cada uma das partes do conjunto das peças do dossiê, bem como, em último caso, dos meios registrados; que essas regras são aplicáveis ao conjunto do procedimento de instrução no qual ele é realizado sob a direção da jurisdição;

Mas considerando que o comissário do governo, que tem como missão expor as questões que devem ser julgadas em cada recurso contencioso e tornar conhecido, formulando suas conclusões com total independência, sua apreciação, que deve ser imparcial, sobre as circunstâncias do fato, da espécie e regras de direito aplicáveis, bem como sua opinião sobre as soluções que demanda, segundo sua consciência, o litígio submetido à jurisdição a que pertence, pronuncia suas conclusões depois do fechamento da instrução à qual procedeu contraditoriamente; que ele participa da função de julgar com vistas à jurisdição de que é membro; que o exercício dessa função não está submetido ao princípio do contraditório aplicável à instrução; que isso significa que, não mais do que a nota do relator ou o projeto de decisão, as conclusões do comissário do governo – que podem, aliás, não ser escritas – são apenas objeto de uma comunicação prévia às partes, que não são convidadas a responder; que, em seguida, o meio oriundo da violação do art. 67 do decreto de 31 de julho de 1945, assim como foi analisado acima, deve ser afastado.

Essa análise do Conselho de Estado francês sustentara-se na posição da Corte de Justiça das comunidades europeias que, em uma decisão CJCE Dec. de 4 de fevereiro de 2000, Emesa Sugar, C-17/98, considerou, com relação aos advogados-gerais que participam de sua atividade contenciosa de acordo com um modelo próximo ao do comissário do governo francês:

14. Em virtude dos arts. 18 do estatuto CE da Corte de Justiça e 59 do regulamento de procedimento, as conclusões do advogado-geral põem fim ao procedimento oral. Situando-se fora do debate entre as partes, as conclusões abrem a fase da deliberação. Não se trata de um parecer destinado aos juizes, que emanaria de uma autoridade exterior à Corte ou emprestaria sua autoridade à de um ministério público (...) (decisão Vermeulen c. Bélgica, 31), mas sim de opinião individual, motivada e expressa publicamente, de um membro da própria instituição.

Na prática (...) parece importante que o comissário esteja presente à deliberação, pois ali é (...) um lugar de aprendizagem importante, no qual vê discutida a solução que propôs.

15. O advogado-geral participa, assim, publicamente e pessoalmente, do processo de elaboração da decisão da Corte e, dessa forma, do cumprimento da função jurisdicionalmente confiada a esta. As conclusões são, aliás, publicadas com a decisão da Corte.

16. Com relação ao laço tanto orgânico quanto funcional entre o advogado-geral e a Corte (...), a jurisprudência já citada da Corte europeia dos Direitos Humanos não parece passível de ser transposta para as conclusões dos advogados-gerais da Corte.

Apesar da reafirmação dessa análise, que coloca o comissário do governo não ao lado dos especialistas, cujas posições devem ser submetidas à impugnação das partes, mas sim junto à jurisdição, cuja função é julgar o litígio para pôr-lhe um termo, a Corte Euro-

péia dos Direitos Humanos efetivamente condena a França na decisão CEDH de 7 de junho de 2001, Sra. Kress contra França⁷.

Por um lado, considera que as conclusões do comissário do governo devem ser submetidas às partes, para contestação, mas também que a prática da nota na deliberação é suficiente para isso. Há a possibilidade tradicionalmente aberta às partes, por muito tempo distanciada de qualquer disposição por escrito, de dirigir à formação de julgamento uma nota no final do pronunciamento das conclusões. A jurisprudência precisou tal possibilidade no estatuto de 2002: o juiz deve tomar conhecimento dessa nota e pode decidir reabrir a instrução. É necessário observar que, em qualquer circunstância, meios de ordem pública não podem ser dispostos pelo juiz administrativo sem que as partes sejam chamadas a fazer suas observações, o que relativiza o interesse da nota na deliberação⁸.

Por outro lado, a Corte europeia condena também a participação do comissário do governo na deliberação, pois constitui, segundo ela, uma ruptura da igualdade das partes, sobretudo porque é necessário considerar essa “teoria da aparência”, pela qual mais vale a representação das instituições, que tornam os espíritos mais simples e menos esclarecidos, do que a realidade destas.

Essa solução foi reafirmada posteriormente, na decisão CEDH de 5 de julho de 2005, Luyen contra França, bem como na decisão CEDH Martinie contra França, de 12 de julho de 2006⁹.

2.2 O ESTADO DE REFLEXÃO NA FRANÇA

De maneira geral, a França adotou posição defensiva com relação à decisão Kress, considerando que o raciocínio amplamente fundamentado na “aparência” não era satisfatório e que era mais conveniente verificar se as apreensões supostamente passíveis de jurisdição poderiam ser vistas como objetivamente justificadas¹⁰.

Tratando-se da questão do princípio do contraditório, ela oficializou a prática da nota em deliberação. Um decreto, n. 2005-1586, de 19 de dezembro de 2005, estabelece, no art. R731-5 do Código de Justiça Administrativa, que, posteriormente ao pronunciamento das conclusões do comissário de governo, toda a parte na instância pode dirigir ao presidente da formação de julgamento uma nota em deliberação. Ou seja, o art. 741-2 do CJA introduziu nova disposição, nos termos da qual é obrigatório mencionar, nas vistas, a produção de uma nota em deliberação. Sua omissão consistiria em vício de procedimento que poderia, em último caso, ser sancionado em um recurso. Essa posição não é das mais lógicas, pois submeter as conclusões do comissário à impugnação das partes, mesmo ao término do procedimento simplificado da nota em deliberação, é considerá-lo mais como um jurisconsulto do que como um membro da jurisdição. No entanto, foi essa a posição claramente reafirmada na decisão de 29 de julho de 1998, Sra. Esclatine.

Contudo, a possibilidade de as partes obterem do comissário do governo a comunicação quanto a suas conclusões permanece fundamentada em uma simples possibilidade prática. Uma nota do secretário-geral do Conselho de Estado, de 9 de junho de 2005, lembra que, se as partes pedirem, os comissários do governo devem anunciar o sentido de suas conclusões antes da audiência.

A França tentou manter por todos os meios a presença do comissário do governo na deliberação.

Em um primeiro momento, o Presidente da seção do contencioso do Conselho de Estado redigiu uma nota (23 de novembro de 2001) com base no dispositivo da decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos, que parece proibir não a presença

do comissário do governo na deliberação, mas sim sua participação nessa etapa do processo. A consequência é que o comissário pode continuar a assistir, como testemunha muda, à deliberação. O Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, encarregado de acompanhar a execução das decisões da Corte, considerou que a decisão Kress proíbe não somente a participação ativa, mas igualmente a simples presença do comissário do governo no momento da deliberação (documento CM/Inf (2003) 15, de 31 de março de 2003). A Corte confirma essa posição em uma decisão CEDH de 5 de julho de 2005 Luyen.

Pelo Decreto n. 2005-1586, de 19 de dezembro de 2005, entretanto, o governo dá ao art. R731-7, do Código de Justiça Administrativa, a seguinte redação: *O comissário do governo assiste à deliberação. Ele não toma parte nela*. A CEDH reitera sua condenação na decisão Martinie contra França, de 12 de abril de 2006.

O Decreto n. 2006-964, de 1º de agosto de 2006, que entra em vigor em 1º de setembro de 2006, adota uma posição mais conciliatória e dispõe que, nos tribunais administrativos e nos tribunais de recurso, *a decisão é deliberada fora da presença das partes e do comissário do governo* (art. R732-2), enquanto no Conselho de Estado, *salvo demanda em contrário de uma das partes, o comissário do governo assiste à deliberação. Ele não toma parte nela*. (art. R733-3). Não é certo que essas modificações sejam suficientes para pôr fim às reservas da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre a questão.

A posição francesa estava relativamente enfraquecida pela oficialização da nota em deliberação. Se o comissário do governo pode ser contestado por meio de uma nota em deliberação, é porque ele está, de alguma forma, submetido ao princípio do contraditório e, então, não é considerado como participante pleno da função jurisdicional que escapa pela construção na contradição.

Na prática, contudo, parece importante que o comissário esteja presente à deliberação, pois ali é, para um jovem membro da jurisdição, um lugar de aprendizagem importante, no qual vê discutida a solução que propôs. Além disso, o bom conhecimento que tem, assim como o relator, do dossiê em questão constitui uma garantia suplementar da qualidade da Justiça.

Também parece hábil a solução que deixa ao Conselho de Estado e às partes a

decisão sobre a participação do comissário na deliberação.

Uma questão permanece atualmente aberta: a comunicação pelo relator de sua nota ao comissário do governo. A Corte europeia levantou tal questão no âmbito dos contenciosos relativos ao Ministério Público junto às cortes supremas judiciais, mas não se debruçou sobre as decisões tomadas com relação ao comissário do governo.

Em que medida a instituição do comissário do governo pode ser transposta? Ela corresponde a um modelo bastante clássico, o do Ministério Público independente intervindo no interesse da lei. Como este, ela tem a vantagem de trazer um exame suplementar e aprofundado da solução a ser dada a um litígio, constituindo, assim, elemento de garantia da qualidade da Justiça.

É nesse sentido, aliás, que essa instituição foi transposta para o âmbito do procedimento adotado perante a Corte de Justiça das comunidades europeias, onde desempenha um papel particularmente importante. Tratando-se de uma Corte composta por juízes oriundos de ordens jurídicas muito diversas, a intervenção do advogado-geral permite uma visão uniforme do caso. Se as conclusões dos advogados-gerais forem publicadas antes da audiência, não é possível entregar réplica (CJCE Decreto de 4 de fevereiro de 2000, Emesa Sugar, C-17/98). Por outro lado, o advogado-geral não participa da deliberação, o que representa uma diferença notável com o comissário do governo francês.

É necessário sublinhar também que o interesse que a instituição do comissário do governo tem na França está bastante relacionado à técnica de redação sintética das decisões das jurisdições francesas. Nos sistemas jurisdicionais cuja tradição é redigir textos que dão importância à exposição das questões de interpretação e de qualificação jurídica colocadas ao juiz, que conhecem por vezes técnicas de publicidade das opiniões dos juízes, é certo que a publicação das conclusões apresenta um interesse menor.

REFERÊNCIAS

- 1 BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris : PUF, 1995, p.93 ; RAINAUD, Nicolas. *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*. Paris : LGDJ, 1996.
- 2 GENEVOIS, B. L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme. *RFDA* 9-10/2001, p. 997.
- 3 Art. 424 Nouveau Code de procédure civile

(Novo Código de Procedimento Civil) : *O ministério público é parte adjunta quando intervém para dar ciência de seu parecer sobre a aplicação da lei em um caso de que foi comunicado*.

- 4 Explicação feita pela Sra. Nathalie TIGER-WINTERHALTER e Sr. Frédéric CHEYLAN na audiência solene de abertura do ano de atividades do Tribunal, em 23 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/ta/index_ta_ac.shtml>.
- 5 BARAV, Ami. O comissário do governo junto ao Conselho de Estado francês e o advogado-geral junto à Corte de Justiça das comunidades europeias. *RIDC*, 1974, p. 809.
- 6 PINGEL, I ; SUDRE, Fr. (dir.). *Le ministère public et les exigences du procès équitable*. Bruylant : 2004.
- 7 AJDA, 2001, p. 657 ; RFDA, 2001, p. 991 ; GENEVOIS, *op. cit.*, p. 997.
- 8 Art. R 611-7 do Código de Justiça Administrativa, consequência de um decreto de 22 de janeiro de 1992, que modificou o Estado de Direito nesse ponto.
- 9 AJDA, 2006, p. 986, nota Fr.Rolin.
- 10 GENEVOIS, *op.cit.*; CHAUVAUX, Didier ; STAHL, Jacques-Henri. *Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès*. AJDA, 2005, p. 2116.

ABSTRACT

The author states that in France the judiciary authority's jurisdiction does not include the administrative action control and that judicial functions are distinct and separate from the administrative ones. However, he explains that the practical need for the jurisdictional control of the administrative action has stimulated new control mechanisms which were the basis for the administrative jurisdiction.

He points out the important role of the Public Prosecution Service and its representative, the government commissioner, who intervenes, save some exceptions, in all contentious administrative prosecutions, whose conclusions represent information to the parties, doctrine discussion as well as jurisprudence evolution.

At last, he shows cases that originated the questioning, by the European Court of Human Rights, about the intervention forms of both the Public Prosecution Service and the government commissioner in the litigious administrative proceeding.

KEYWORDS

Administrative jurisdiction; French Public Prosecution Service; government commissioner; European Court of Human Rights; contentious proceeding; State Council.

David Capitant é Professor da Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, França.